

Praças e praias públicas

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR (*)
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 - Bens públicos e uso comum do povo. 2 - Titularidade dominial dos bens públicos de uso comum do povo. 3 - Inalterabilidade das praças - Lesão ao Patrimônio Social e a Qualidade de Vida. 4 - Constitucionalidade do artigo 180 inciso VII da Constituição do Estado de São Paulo. 5 - Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em torno do artigo 180 inciso VII. 6 - A impossibilidade de redução quantitativa de áreas públicas. 7 - A praça: integrante do patrimônio cultural e ponto de conflito de interesses públicos. 9 - Acesso público às praias (praias e seus acessos: bens públicos de uso comum do povo). 10 - Privatização indireta das praias: impedimento ao acesso. 11 - Ilegalidade da vedação de acesso às praias pela Administração Pública. 12 - Titularidade dominial pública das vias de acesso às praias. 13 - Lei Federal nº 7.661/88 e loteamentos anteriores (com acesso particular ou sem acesso à praia). 14 - Função do Ministério Público.

1 - Bens públicos e uso comum do povo

Segundo o Código Civil são bens públicos (art. 66) os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominiais (dominicais). Expressa o próprio Código Civil que os bens públicos são, em regra, inalienáveis (artigo 67), somente perdendo essa característica "nos casos e forma que a lei prescrever".

Neste pequeno estudo procura-se, todavia, centrar toda atenção na inalienabilidade dos bens públicos de uso comum do povo, e na impossibilidade destes contarem com a alteração de sua função, trespasse para outra categoria dominial pública ou de ingressarem por qualquer forma no patrimônio privado. O Código Civil cuidou de classificá-los em rol exemplificativo como os "mares, rios, estradas, ruas e praças" (artigo 66 inciso I). Posteriormente, outros bens foram incluídos pela legislação como públicos de uso comum, como, por exemplo, as praias (Lei Federal nº 7.661, de 16.5.1988; artigo 285 da Constituição Paulista), estas inclusive com a garantia de livre e amplo acesso a fim de

(*) Professor de Direito Administrativo da Unisantos.

impedir a privatização indireta. O rol é exemplificativo por excelência, bastando notar que entre os bens públicos de uso comum do povo se inscrevem os espaços livres, as áreas verdes e de lazer, o meio ambiente, os equipamentos urbanos, jardins públicos, etc. Nesse sentido, confira-se Hely Lopes Meirelles ao assinalar que "a enumeração dos bens públicos, feita no artigo 66 do CC não é exaustiva, e nem poderia ter esse caráter, dada a crescente ampliação das atividades públicas, que, a todo momento, têm necessidade de vincular outros bens ao seu domínio ou ao patrimônio administrativo" (*"Direito Municipal Brasileiro"*, pág. 227, 6ª ed., Malheiros Editores).

Com efeito, é da sabença geral que para o bem público ser objeto de comércio, de transmissão dominial, ou de mudança de destinação, faz-se necessário o concurso de dois requisitos básicos: a desafetação e a autorização legislativa.

Hely Lopes Meirelles comentando o artigo 67 já citado explica que "o que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou fins administrativos especiais, ou seja, destinação pública específica. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível da Administração" (*"Direito Administrativo Brasileiro"*, pág. 443, Malheiros Editores, 18ª ed.).

Impõe-se, agora, investigar se a regra aplica-se aos bens públicos de uso comum do povo, ou seja, saber se, realmente, praças, vias de circulação como ruas e estradas, podem ser objeto de desafetação e integrar o patrimônio disponível do Estado, verificar se podem ser alienados e apropriados pelo domínio particular.

Perseguindo esse propósito fixa-se como premissa inaugural básica e fundamental destacar a natureza, a utilidade e a função social dos bens públicos de uso comum do povo. De fato, a razão natural dos bens públicos de uso comum do povo é servirem à comunidade para satisfação de seus mais variados interesses, de forma ampla, geral, indistinta e universal.

Centra-se, para tanto, este estudo em duas hipóteses para análise do tema proposto: as praças públicas (compreendidos os espaços livres, áreas de lazer e áreas verdes) e as praias (e seu acesso).

Não raro verifica-se as administrações públicas municipais lograrem obter a desafetação de bens públicos de uso comum do povo, como as praças, para construção de equipamentos urbanos (escolas, postos de saúde, etc.) ou de conjuntos habitacionais, ou permitirem que particulares impeçam ou dificultem o livre e amplo acesso às praias litorâneas. É com essa triste realidade que convive, hoje, pelas sementes no passado cultivadas, o homem urbano, pagando o preço alto pela desenfreada especulação imobiliária, pelo sentido déficit habitacional, restando inerte aos entraves que são erguidos para obstar a fruição ampla, geral, indistinta e universal dos bens públicos de uso comum do povo.

2 - Titularidade dominial dos bens públicos de uso comum do povo

Numa ordem lógica, é indispensável estabelecer-se, inicialmente, a titularidade dominial dos bens públicos, e especialmente dos de uso comum do povo.

Carvalho Santos anota que "a doutrina mais aceita nega ao Estado (no sentido amplo) o direito de propriedade sobre esses bens, por isso que a característica do domínio é a plenitude do uso e a livre disposição, o que não ocorre em se tratando de bem de uso comum. Deduzindo daí os mestres que o Estado, ao invés de propriedade, tem

apenas o dever de vigilância, tutela e fiscalização para o uso público ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. II, pág. 103, 11ª ed.).

Assim se expressa Pontes de Miranda ("Tratado de Direito Privado", Parte Geral, vol. II, ed. Borsói, 1990) ao assinalar que "o titular, no artigo 66, I, é o povo".

Paulo Affonso Leme Machado observa, forte na doutrina italiana, que "a integração das praças no domínio municipal se faz no intuito de ter quem as administre, mas o município não age como proprietário das praças ou *jure privatorum* no dizer de Maddalena, mas como gestor desses bens" ("Direito Ambiental Brasileiro", pág. 254, Malheiros Editores, 4ª ed.).

O Poder Público, como visto, assume a função de gestor dos bens públicos de uso comum do povo justamente porque a administração pública "tem o dever de mantê-los em normais condições de utilização pelo público em geral" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", cit., pág. 434).

Exsurge, portanto, como obrigação do poder público zelar pela destinação adequada dos bens públicos de uso comum do povo, vedando que seja a realidade que os cerca alterada de modo a impedir o cumprimento de sua função social, eliminando os riscos de diminuição dos poderes inerentes ao patrimônio social.

3 – Inalterabilidade das Praças – Lesão ao Patrimônio Social e à Qualidade de Vida

As praças, áreas verdes e de lazer e os espaços livres constituem, sem dúvida alguma, bens públicos de uso comum do povo. Lembre-se que o poeta Castro Alves já salientava que "a praça é do povo, assim como o céu é do condor". A função social desses bens é evidentemente satisfazer necessidades supra-individuais, comunitárias, populares, como o lazer, a saúde, o meio ambiente, a adequada estética urbana, valores que transcendem o interesse individual e, sobretudo, o interesse administrativo (ou do Estado), pois, pertencem indistintamente a todos com utilização *uti universi* naturalmente.

As praças (e aqui se compreendem espaços livres, áreas verdes e de lazer, jardins públicos) desempenham função primordial na composição harmoniosa da estética urbana, que deve primar pelo equilíbrio, para garantia não só das funções habitacionais, mas das laborais, circulatórias, recreativas e sanitárias. Enfim, de um lado são absolutamente necessárias à qualidade de vida, pois o urbanismo preocupa-se com a adequada, equilibrada e harmônica ocupação habitacional (o meio ambiente artificial), e de outro, constituem o acervo composto pelos bens de uso comum do povo que integram o patrimônio social.

José Jesus Cazetta Júnior aponta com precisão que há o interesse difuso atinente à defesa do regular padrão de desenvolvimento urbano, especialmente dos preceitos referentes a salubridade, segurança, funcionalidade e estética da cidade. Observa que as praças, assim como os demais bens mencionados no artigo 22 da Lei Federal nº 6.766/79, incorporados como bens de uso comum do povo constituem o acervo do patrimônio social e cumprem seu destino natural, congênito, aliás. "O conforto, o sossego, a beleza, a segurança, a salubridade e a possibilidade de livre trânsito, geradas por coisas desse gênero, pertencem, antes, à esfera dos valores espirituais, integrando-se no conceito de patrimônio social, de que cogita a Constituição (art. 129, inciso III), onde o termo foi empregado em significação ampla, abstraindo-se um caráter estritamente econômico" ("Justitia" 164/56).

Está atrelada indissociavelmente à praça a idéia da estética urbana harmônica, adequada e equilibrada, para a satisfação de interesses supra-individuais, como o lazer, a saúde, o uso universal e gratuito, etc., interesses esses que justificam a existência de espa-

ços livres para o bem-estar da população. Com muita razão já anotou Hely Lopes Meirelles que "a estética urbana tem constituído perene preocupação dos povos civilizados e se acha integrada nos objetivos do moderno Urbanismo, que não visa apenas às obras utilitárias, mas cuida também dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais e históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da comunidade" ("Direito Municipal Brasileiro", pág. 417, Malheiros Editores, 6ª ed.).

Foi Paulo Affonso Leme Machado, com impar mérito, entre nós, quem apontou o aspecto sanitário das praças, como elemento não só de direito urbanístico, mas, como instrumento de proteção da saúde ("Direito Ambiental Brasileiro", pág. 252 Malheiros Editores, 4ª ed.).

E com o devido respeito às opiniões divergentes, é absolutamente impossível a destruição das praças para permitir sua substituição por outros equipamentos urbanos públicos ou particulares, por mais necessários que sejam.

As praças, assim como os demais bens públicos de uso comum do povo (tais como os mares, os rios, as ruas e vias de circulação, os parques nacionais, as praias etc.), são absolutamente inalienáveis sob pena de privar-se ilicitamente a comunidade da titularidade, do uso e do gozo desses bens, diminuindo-se o patrimônio público social (que, como já exposto, não pertence ao Estado, mas à comunidade). A alteração da função social de área delimitada como praça, por exemplo, agride a harmoniosa, adequada e equilibrada estética urbana, valor impassível de recuperação, ofendendo ao meio ambiente e à saúde, comprometendo funções absolutamente indispensáveis como o lazer, o recreio etc.

Nem se alegue que para os bens públicos de uso comum do povo, a inalienabilidade e a impossibilidade de alteração cessam com o advento da desafetação.

Se a premissa é válida para os bens públicos de uso especial, não o é para os de uso comum do povo, cuja destinação e função social *uti universi* não tolera o câmbio para outra espécie de bem público ou desagregação do patrimônio público. A afetação (destinação) dos bens públicos de uso comum do povo é sempre inalterável, imutável, porque o seu objeto, o seu destino inadmitem outra forma de fruição senão a que lhe é essencial, natural e elementar em face da característica da coisa e da sua finalidade: imperecíveis. A destinação, o uso público dos bens públicos, notadamente os de uso comum do povo, está intimamente atrelada à função social desses mesmos bens.

Ora, essa idéia de impericibilidade da função social do bem público de uso comum do povo é que sustenta a sua inalterabilidade e a sua inalienabilidade. É, por assim dizer, indissociável à existência da coisa. A coisa existe para cumprir aquela função específica. Enquanto a função persiste, a coisa perdura.

É impossível cogitar outra utilização de bem público de uso comum do povo, como, por exemplo, da praia, do mar, das vias de circulação, etc., senão aquela que lhe é originariamente atribuída enquanto exista fisicamente o bem ou a necessidade de sua existência, cuja finalidade pública e social é imperecível.

Trata-se de indisponibilidade, inalterabilidade, e inalienabilidade absolutas das praças, impedientes do comprometimento da qualidade de vida, da supressão ou diminuição lesivas à estética urbana, ao meio ambiente, e, sobretudo, ao patrimônio público social - já que é o povo o titular de domínio desses bens, e não o Estado.

Registre-se, ainda, que as praças oriundas de parcelamento do solo passam a integrar o patrimônio público, nos termos do artigo 22 da Lei Federal nº 6.766/79, desde o registro do loteamento. Desta forma, observa o mencionado Paulo Affonso Leme Machado "que retirou-se de modo expresso o poder dispositivo do loteador sobre as praças, as vias, e outros espaços livres de uso comum (art. 17 da Lei nº 6.766/79) mas, de modo implícito, vedou-se a livre disposição desses bens pelo município. Este só teria liberdade de escolha, isto é, só poderia agir discricionariamente nas áreas do loteamento que desaproprias-

se e não aquelas que recebeu a título gratuito. Do contrário, estaria o município se transformando em município-loteador através de verdadeiro confisco de áreas, pois receberia as áreas para uma finalidade e, depois, a seu talante as destinaria para outros fins" salientando que "a regra da não subtração à destinação (**non sottrabilità alla destinazione-Sandulli**) é norma imperativa cuja violação dá lugar a um fato ilícito – é afirmação que se encontra sempre na doutrina, indica Vincenzo Cerulli Irelli" ("Direito Ambiental Brasileiro", págs. 255-256, Malheiros Editores, 4ª ed.).

Esta opinião é compartilhada por Lúcia Valle Figueiredo ao sublinhar que "é dever do Município o respeito a essa destinação, não lhe cabendo dar às áreas que, por força da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, passaram a integrar o patrimônio municipal qualquer outra utilidade. Não se insere, pois, na competência discricionária da Administração resolver qual a melhor finalidade a ser dada a estas ruas, praças, etc.. A destinação já foi preliminarmente determinada" ("Disciplina Urbanística da Propriedade", pág. 41, ed. RT, 1980).

De fato, raciocínio oposto conduziria a total subversão do regramento jurídico urbanístico-ambiental, pois, a destinação dessas áreas é preambularmente determinada pela lei. Trata-se, em todo o caso, de ato administrativo vinculado às exigências, primeiramente, contidas na legislação federal e estadual (Lei Federal nº 6.766/79, por exemplo), e, secundariamente, na legislação municipal (Plano Diretor Físico) que deve obediência aos requisitos mínimos cifrados na legislação hierarquicamente superior e que possui autonomia para questões do exclusivo interesse local.

Toshio Mukai bem enfoca a questão sob o ângulo da redução do patrimônio social ao ponderar que "enquanto tal destinação de fato se mantiver, não pode a lei efetivar a desafetação sob pena de cometer lesão ao patrimônio público da comunidade" (RDP 75/246).

Acena com esse argumento Rui Geraldo Camargo Viana ao sublinhar que "quanto aos bens de uso comum, diz-se que possuem íntima relação com os fins precípuos a que destinados, pelo que, enquanto essa finalidade coexistir, afigura-se difícil a concepção de hipótese de sua alienação" ("A Participação do Particular no Urbanismo", pág. 23, ed. Gráfica AASP, 1ª ed.).

O já citado Paulo Affonso Leme Machado acrescenta que a interpretação do artigo 67 do Código Civil – regra da inalienabilidade – deve sopesar a diferenciação das espécies de bens públicos deduzida no artigo 66, a partir da destinação desses mesmos bens. Deste modo, tem razão quando aponta "como alienar o mar, os rios, as estradas e as praças (art. 66, I, do Código Civil), enquanto estiverem sendo utilizados pelo povo, sem contrariar a própria natureza desses bens de uso comum?" ("Direito Ambiental Brasileiro", pág. 256, Malheiros Editores, 4ª ed.).

4 – Constitucionalidade do artigo 180 inciso VII da Constituição do Estado de São Paulo

A Constituição Estadual obriga o Estado e os Municípios "no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano" (art. 180, **caput** a assegurar "a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural" (inc. III), "a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública" (inc. IV) e que "as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados" (inc. VII).

Tais regras insertas na Constituição Estadual aplicam-se aos Municípios por força do artigo 144 da própria Carta Estadual.

A indisponibilidade das praças encontra apoio na preservação do meio ambiente urbano e na manutenção de área de utilização pública porque a praça, produto da mão do homem, é elemento constitutivo da paisagem urbana desde os mais remotos tempos, sendo, ainda, área de utilização pública, aqui entendida como área pública, bem de uso comum do povo.

Mas, é o inciso VII desse artigo 180 da Carta Política Paulista que irradia maior força para arrimo da indisponibilidade absoluta das praças.

Apesar das respeitáveis opiniões contrárias de Adilson Abreu Dallari (Bens Públicos – Loteamentos – Inconstitucionalidade das Restrições estabelecidas pela Constituição Estadual – Informativo Municipalista, nº 4, março de 1990, págs. 9-10), no sentido de que a restrição do artigo 180 inciso VII viola a autonomia municipal porque cerceia a capacidade política municipal da livre disposição de seus bens, e Hely Lopes Meirelles ("Direito Municipal Brasileiro", pág. 231, Malheiros Editores, 6ª ed.) declarando a inconstitucionalidade do artigo 180 inciso VII porque ofende a autonomia municipal para ordenação de seu território, comunga-se do entendimento que anota a constitucionalidade da referida disposição legal.

Assinale-se, a princípio, que a destinação de área incorporada ao domínio público por força do artigo 22 da Lei Federal nº 6.766/79 (concurso voluntário, causa legal de aquisição de bem público) é ato vinculante para a administração pública. Embora o ato tenha eficácia subordinada a condição – a implantação do loteamento – a verdade é que não é dado à administração pública alterá-lo, conforme rezam os artigos 17 e 28 da Lei Federal nº 6.766/79.

Nesse sentido a norma do artigo 180 inciso VII da Constituição Estadual tem idêntico espírito ao da regra constante do artigo 17 da Lei Federal nº 6.766/79. Ambas, em coro, impossibilitam a alteração da destinação de espaços livres, vias de circulação e praças, constantes de projeto de loteamento desde a aprovação (salvo as hipóteses de desistência e caducidade previstas no próprio artigo 17 da Lei Federal nº 6.766/79, onde há reaquisição da propriedade resolúvel, como mostra Rui Geraldo Camargo Viana, "O Parcelamento do Solo Urbano", pág. 73, ed. Forense, 1ª ed.).

Interpretação sistemática da Lei Federal nº 6.766/79 revela que o loteador ou a Municipalidade não são detentores do direito de alteração do loteamento aprovado e registrado incidente sobre as áreas que integraram o domínio público por força do artigo 22, que são inalienáveis. Com efeito, o artigo 17 declara a impossibilidade de alteração da destinação pública dessas áreas, desde a aprovação, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador (quando há o retorno ao domínio privado) remetendo expressamente as condições estabelecidas no artigo 23. Já o artigo 28 permite a alteração parcial do loteamento, mas não inclui no âmbito dessa operação aquilo que o artigo 17 houve por bem excluir: as áreas que integraram o domínio público.

O artigo 180 inciso VII da Constituição Estadual não agride a autonomia municipal porque é da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre direito urbanístico, proteção ao meio ambiente e à saúde (art. 24 incisos I, VI e XII, Constituição da República).

Com efeito, o artigo 180 inciso VII não conflita com a Constituição da República porquanto a competência concorrente admite plenamente o exercício legislativo estadual tanto para normatização de cunho regional quanto para suplementar a normatividade de caráter nacional (normas gerais) reservada à União, com a incidência das regras específicas dos § 1º a 4º do artigo 24 para dirimir eventual conflito, destacando-se a prerrogativa estadual de legislar suplementarmente (na hipótese de ausência de normas gerais ou

de desdobramento do conteúdo de princípios ou normas gerais). Segundo José Afonso da Silva em matéria urbanística a competência legislativa é concorrente da União e dos Estados ("Curso de Direito Constitucional Positivo", pág. 431, ed. RT, 6ª ed.).

É certo que ao Município compete legislar sobre parcelamento do solo urbano, nos termos do artigo 30 inciso VIII da Constituição da República, ou suplementar a legislação federal e estadual no que couber (artigo 30 inciso II, Constituição da República), mas essa competência tem como base a autonomia municipal para assuntos de interesse local, não podendo ser elevada exponencialmente a capacidade legislativa sobre matéria urbanística, sanitária ou ambiental que extrapole o mero interesse local.

José Afonso da Silva esclarece que o Município pode legislar supletivamente sobre direito urbanístico local, nos termos do artigo 30 inciso II da Constituição da República, suplementando a legislação federal e estadual na medida exata desse limite geográfico-político ("Curso de Direito Constitucional Positivo", pág. 540, ed. RT, 6ª ed.).

Vladimir Passos de Freitas, após profundo estudo, observa que "a competência municipal existe e pode ser exercida, porém não com o alcance atribuído à União e aos Estados. Realmente, esta intenção não teve o constituinte, pois, expressamente, excluiu os Municípios do poder concorrente previsto no artigo 24 da Lei Maior (...) Ainda há outra hipótese a merecer análise. É o caso do inciso II, ou seja, o Município suplementar a legislação federal no que couber. Tal regra significa, em matéria de meio ambiente, que o Município não pode abolir as exigências federais ou estaduais sobre o assunto. Todavia, poderá formular exigências adicionais, atentando para seu interesse próprio no caso concreto. Seguindo este raciocínio manifestou-se em parecer o publicista Toshio Mukai, concluindo que o município paranaense deveria curvar-se à lei estadual que dispõe sobre matéria urbanística nas localidades do litoral do Estado" ("Direito Administrativo e Meio Ambiente", págs. 34-35, ed. Juruá, 1993).

Esta tese encontra ressonância na Jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal apreciando a constitucionalidade de dispositivos da Constituição Paraibana (artigos 164 e 165), que vedavam a licença para construção de edifícios na orla marítima pelos critérios ali fixados, assentou que "as regras em causa, sem dúvida de elevado alcance, visam salvaguardar e preservar valores que se sobrepõem ao interesse meramente municipal, constituindo, sim, um interesse comum ao Município e ao Estado, que colaboram no planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social, tendo em vista a saúde, a segurança, a comodidade da população, o patrimônio ecológico e paisagístico, etc., atendidas as peculiaridades não somente locais, como da própria região. O valor político-administrativo dessas regras é abrangente dos interesses do Município e do Estado. Por isso mesmo transcendem o chamado peculiar interesse do Município (artigo 15, inciso II, da Constituição Federal)" (RTJ 101/474).

Destaque-se o voto do Eminentíssimo Ministro Décio Miranda ao salientar que "(...) a concentração populacional nos espaços urbanos, que a sua disciplina transcende do interesse peculiar do Município. A ocupação desta ou daquela forma do solo de determinado município, toca muito particularmente aos municípios vizinhos, sem que estes possam, eventualmente, adotar medidas contrárias que resguardem seu peculiar interesse. Então, hoje, sob a capa do peculiar interesse do Município, deixar-lhe autonomia completa para tratar de ocupação do solo será, irremediavelmente, prejudicar o peculiar interesse de municípios vizinhos. Toca, realmente, ao interesse do próprio Estado-membro, quicá do próprio País, pelos interesses reflexos sociais e econômicos da urbanização descontrolada, a forma de aproveitamento dos espaços urbanos ou particularmente dotados pela natureza. De modo que, Sr. Presidente, estou bem à vontade, apesar de ter sido o autor daquela representação, para, hoje, num contexto que reconheço profundamente transformado, reconhecer que o problema não diz respeito exclusivamente ao peculiar interesse do

município. Adiro às considerações do Relator e dos Srs. Ministros Clóvis Ramallete e Rafael Mayer, para julgar improcedente a representação" (RTJ 101/483).

Ademais, ao Município compete a proteção do patrimônio histórico-cultural local observada a legislação federal e estadual (artigo 30, inciso IX, Constituição Federal).

Inconcusso que o Estado de São Paulo exerceu a sua competência legislativa sobre a matéria dada pela própria Constituição Federal.

Note-se que o próprio Hely Lopes Meirelles reclama da inexistência de normas urbanísticas regionais, a cargo do Estado, que é dotado de competência legislativa concorrente à União sobre a matéria, circunstância que proporciona a "ausência total de integração dos planos diretores municipais" ("Direito Municipal Brasileiro", pág. 391, Malheiros Editores, 6ª ed.).

Ora, não há violação à autonomia municipal pelo princípio do artigo 180 inciso VII da Constituição Paulista. Não há se confundir autonomia com soberania e poder constituinte, de que são desprovidos os Municípios. Os Estados-membros foram dotados de poder constituinte decorrente (art. 25, *caput*, da Constituição Federal), organizando seus poderes, órgãos e sua estrutura político-administrativa (bem como a dos Municípios) pelas Constituições Estaduais, e os Municípios do direito de organizar seu governo e prover sua administração mediante leis orgânicas (auto-organização).

Como dito acima, em matéria urbanística e de proteção ao meio ambiente o Município limita-se ao exercício de uma competência suplementar da legislação federal e estadual, mas o limite dessa competência outorgada é o interesse local. Ora, a indisponibilidade de área pública não é, em absoluto, matéria do exclusivo interesse local, mas assunto pertinente à alçada da legislação concorrente federal e estadual.

Traga-se, ainda, ao debate o artigo 225 § 1º inciso III que atribui ao poder público "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção". E foi justamente nessa direção que legislou o constituinte paulista, proibindo outra utilização comprometedoras dos atributos das áreas verdes e institucionais de que trata o inciso VII do artigo 180. De outra parte, esta disposição constitucional quer explicitar a utilidade pública desses espaços especialmente protegidos (áreas de preservação permanente, estações ecológicas, praças, jardins públicos) e mostrar que será possível outra utilização, simultânea e concorrente em relação a original, desde que não interfira ou comprometa na sua essencial função. Deste modo, parte de uma praça poderá sediar, por exemplo, algum serviço público, se e somente se, este não comprometer a função urbanística ontológica da praça. Ou seja, admite-se que a praça contenha a sede de prestação de algum serviço público, que tomando parcela de sua área, será bem público de uso especial (essa parte). Mas, essa admissibilidade é restrita, vinculada ao respeito da existência proporcional do espaço livre em relação ao serviço público.

No estabelecimento de suas diretrizes urbanísticas, insta notar, podem os Municípios estabelecerem regra idêntica a do artigo 180 inciso VII da Constituição Estadual em suas respectivas Leis Orgânicas Municipais. A omissão, todavia, de regra própria não subtrai a incidência da norma constitucional estadual, pois, como visto, ela é de observância obrigatória.

5 – Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em torno do artigo 180 inciso VII

Bem a propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo já declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que autorizava a mudança de destinação de áreas institucionais e

verdes. Inclusive com sua eventual cessão a terceiros, decidindo que "a Constituição Estadual, no artigo 180, mandando que o Estado e os Municípios, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, observem os princípios que ali enumerou, não deixou qualquer margem, quer ao Município, quer a qualquer outro de descumpri-los. Seu item VII é peremptório "(ADIn. 17.065-0/5, Sessão Plenária, Relator Desembargador Villa da Costa, v.u., 15.6.1994).

Em outras oportunidades o mesmo Pretório assentou a ilegalidade da desafetação de praças por ofensa a dispositivos de leis orgânicas municipais que reproduziam a vedação constante do artigo 180 inciso VII da Constituição Estadual (Apelação Cível 160.326-1, Tanabi, in JTJ 140/33) com a abordagem, ainda, da implicação agravante de redução de áreas integrantes do domínio municipal em afronta a Lei Federal nº 6.766/79 (Apelação Cível 205.577-1/0, Presidente Wenceslau, 3ª Câmara Civil, Relator Desembargador Alfredo Migliore, v.u., 7.6.1994).

Por seu turno, a 6ª Câmara Civil desse mesmo Tribunal, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Promotor de Justiça designado Antonio Carlos Fernandes Nery, decidiu que os espaços livres, áreas verdes e institucionais integrantes de loteamento, passam a integrar o domínio público como bens de uso comum do povo, aplicando a vedação constante do artigo 180 inciso VII da Constituição Estadual e dos artigos 4º inciso I § 1º e 28 da Lei Federal nº 6.766/79, para concluir que esses bens "não podem ser objeto de desafetação e alienação porque altera a destinação originariamente estabelecida nos projetos regularmente aprovados e registrados" (Apelação Cível 201.894-1/8, Birigui, Relator Desembargador Melo Colombi, v.u., 3.2.1994).

E a 5ª Câmara julgou em valioso precedente que "mesmo em se admitindo que a implantação real de jardins e praças ainda não tenha ocorrido, em loteamentos legalmente instituídos, nada altera para eles a proteção criada pela legislação dos loteamentos, na medida em que a tutela ecológica se faz não só em relação à situação fática presente, mas também visando à implantação futura dos melhoramentos ambientais" (RT 684/79, Apelação Cível 167.320-1/3, Marília, Relator Desembargador Marco César, v.u., 7.5.1992), abrangendo nessa análise a questão da inalterabilidade inscrita no artigo 17 da Lei Federal nº 6.766/79.

6 – A impossibilidade de redução quantitativa de áreas públicas

Outro aspecto a demandar especial interesse, para o reforço da preservação da função social originária das praças, áreas verdes e de lazer, jardins públicos, etc., decorre de norma urbanística federal, naturalmente de ordem pública, que impede a redução da proporcionalidade das áreas destinadas aos sistemas de circulação, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, e espaços livres.

Com efeito, o artigo 4º inc. I da Lei Federal nº 6.766/79 determina, como requisito mínimo nos loteamentos, que tais áreas serão proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba loteada. O § 1º desse mesmo dispositivo legal ocupa-se em acentuar que essa proporção (referente às áreas públicas) não poderá ser inferior a 35% da gleba.

Ora, se não bastassem todos os argumentos anteriormente exarados, concorre para o reforço da tese o argumento de que a alteração do uso (por qualquer via: concessão, por exemplo) ou a transferência dominial (doação ou venda a terceiro) ou de destinação (traspasse para a categoria de bem de uso especial, possibilitando construção de escola, creche, posto de saúde), das praças ofende o preceito constante (requisito mínimo a ser observado pelos Municípios) da legislação federal (Lei Federal nº 6.766/79, artigo 4º inc. I § 1º) que impede a redução quantitativa de praças, áreas verdes e de lazer, espaços livres, jardins públicos, como garantia daqueles valores acima enumerados (patrimônio

público social, qualidade de vida, meio ambiente, proteção à saúde, ocupação urbana equilibrada e harmoniosa etc.).

Aliás, tal dispositivo está intimamente ligado ao artigo 17 do mesmo diploma legal que consagra a inalterabilidade da função social dessas áreas públicas agregadas ao domínio público por força do concurso voluntário (art. 22, Lei Federal nº 6.766/79).

Cabe lembrar que como se trata de requisito mínimo a questão atinente ao percentual de áreas públicas (e aqui concorrem não somente as praças, mas outros equipamentos urbanos públicos como vias de circulação, áreas verdes, jardins públicos etc.), o Município tem autonomia (limitada ao mínimo constante da lei federal) para, no plano diretor físico, estabelecer seu próprio percentual, cuja observância em face do perigo de diminuição é impostergável. Estar-se-á, portanto, diante de risco à violação das normas urbanísticas locais que para terem validade devem expressar percentual igual ou superior ao constante da lei federal encimada.

7 – A praça: integrante do patrimônio cultural e ponto de referência social e urbano

Sob outro (e importante) ângulo de análise impende considerar que, outras vezes, a inalienabilidade, a inalterabilidade da função e a indisponibilidade das praças públicas nascem também pela especial circunstância de que ditos bens integram o patrimônio histórico, paisagístico, urbanístico, cultural, arquitetônico de uma cidade. São exemplos dífanos o Pelourinho, em Salvador, a cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais.

Tendo esta qualidade, a praça pública transcende, claramente, o domínio patrimonial estatal, constituindo o patrimônio público e social. Desta forma, a supressão de praças situadas neste contexto agride violentamente tais interesses, fazendo com que o povo seja privado de usufruí-los na paulatina medida em que apaga a memória popular.

Considere-se, ainda, e fora do entorno da questão acima exposta – do patrimônio cultural de uma comunidade – o fato relevantíssimo da praça pública integrar o patrimônio público e social como simples e importante ponto de referência urbano e social. A mesma solução se interpõe: os interesses da comunidade, na defesa do seu patrimônio público e social, preponderam e inviabilizam qualquer ato tendente a suprimir, dispor, alienar, ceder, a praça.

8 – Preservação das praças e conflito de interesses públicos

Não raro, as administrações públicas municipais contam com problemas de grande déficit habitacional ou de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços públicos à comunidade, e propõe-se a resolvê-los. Noutras vezes, a falta de recursos orçamentários conduz a procurar na iniciativa privada (empresarial ou filantrópica) auxílio valioso para superá-los. Na maioria dos casos, infelizmente, a solução é desafetar uma praça, um jardim público, uma área verde ou de lazer, um espaço livre, algo que presença aos bens de uso comum do povo, trespassando-a a outra categoria de bens públicos (uso especial, por exemplo), ou, autorizando-se sua venda ou doação a particulares para, enfim, construírem-se escolas, postos de saúde, conjuntos habitacionais, loteamentos etc.

Não obstante impulsionado por nobres aspirações, a verdade é que o poder público deve abster-se de tal prática, tão ruinosa aos valores sociais como a que se omite na implantação desses bens públicos de uso comum do povo, frustrando a população de usufruí-los.

No confronto entre necessidade de tal magnitude a solução – que, aliás, tem respaldo legal – é a preservação da praça, da área verde ou de lazer, do jardim público, do espaço livre, porque tais bens pertencentes a toda comunidade existem e são providos dessa

função, para a satisfação de interesses e valores sociais indisponíveis, sob pena de diminuir o patrimônio público social, privar a coletividade do uso e gozo desses espaços vitais, e comprometer a estética urbana, o meio ambiente, a qualidade de vida, o lazer, o recreio, a saúde. Como frisado pela jurisprudência, a tutela exercida "se faz não só em relação à situação fática presente, mas também visando à implantação futura dos melhoramentos ambientais" (RT 684/79).

É imperioso ponderar que a existência dos bens de uso comum do povo, e de sua indisponibilidade (o que abrange a inalterabilidade de suas funções sociais) justifica-se por si própria, ou como diz Paulo Affonso Leme Machado, "a praça não deve ser conservada porque é uma paisagem notável, mas simplesmente - e basta - porque é uma praça" ("Direito Ambiental Brasileiro", pág. 259, Malheiros Editores, 4ª ed.).

Impende considerar que tais espaços públicos nascem não pela inspiração genial de cada administrador público, mas decorrem de exigência legal, que vincula plenamente a administração pública eis que adredemente estabelecida a necessidade de sua existência e a conservação de sua finalidade por imperativo do interesse público expresso na lei, contando-se, aí, com o concurso de todos os valores informativos atinentes (estética urbana, qualidade de vida etc.).

Louve-se, a propósito, a fundamentação de sentença do Juiz Eleutério Dutra Filho que em caso dessa estirpe salientou: "O ato impugnado é lesivo à coletividade. É que a construção da "Casa do Migrante" numa área destinada a jardins públicos, traria como consequência imediata a perda, por parte da população, de mais uma área verde de lazer, e de espaços livres destinados aos equipamentos urbanos e que são assegurados não só no Plano Diretor Físico de Santos (Lei nº 3.529/68), como, também, na Lei Federal nº 6.766, de 1979. A afronta às normas de proteção ambiental e às áreas verdes inseridas nessas leis e apontadas pelo autor da inicial, bem como o prejuízo que a abolição dessa área verde trará à comunidade santista são inquestionáveis, dispensando maiores ilações (Processo nº 6.159/83, 2ª Vara da Fazenda Pública de Santos).

Aliás, transcende o particular interesse do Município a estruturação básica de um loteamento, posto que a preservação de condições mínimas de sanidade para as comunidades visam evitar pontos de convulsão social em locais onde não se mora, não se habita, mas se sobrevive a duras penas. A legislação urbanística prevê requisitos indispensáveis objetivando uma adequada inserção da gleba na cidade. São normas imperativas dando um mínimo de conforto ao morador, dotando a área loteada de alguns equipamentos urbanos e comunitários. O direito urbanístico é informado por conceitos e elementos das funções urbanas básicas, apontadas na Carta de Atenas por Le Corbusier: habitar, trabalhar, circular, praticar o lazer *apud* Rui Geraldo Camargo Viana, O Parcelamento do Solo Urbano, pág. 22, ed. Forense, 1ª ed.).

A defesa da saúde e da adequada e ordenada estética urbana é uma das funções da praça e dos espaços livres. Uma das razões que motivava a deficiência de condições sanitárias ao normal desenvolvimento da saúde e da vida com o crescimento das cidades era, justamente, a falta desses espaços livres, da ocupação irracional e desordenada do solo urbano. Por isso, é que a Constituição Federal veda terminantemente qualquer utilização incompatível ou que comprometa a integridade dos atributos dos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225 inc. III), impedindo sua supressão e alteração. Uma vez existindo a necessidade do uso comum estético, sanitário e ambiental, esses espaços constituem bem público de uso comum do povo inalienável por integrar o patrimônio social.

Nesse passo, vale a pena apontar que o direito federal é prevalente no que diga respeito às normas gerais de direito urbanístico e de proteção à saúde, proibindo-se ao direito municipal dispor em contrário. Assim, é intuitivo que o desenvolvimento urbano deve garantir o bem-estar de seus habitantes, como determina o artigo 182 da Constituição

Federal, e nesta garantia se insere a proteção das praças e a manutenção de sua função social, proporcionando uma vida sadia e tranqüila.

Por mais nobre que seja o interesse do Município não se pode tolerar o cometimento de ilegalidade prejudicial aos interesses da comunidade, expressos manifestamente em lei como necessidade urbanística de espaços livres. Qualquer que seja o interesse público invocado não pode ter prevalência sobre o interesse público da destinação do espaço livre. O interesse público da preservação do jardim, da praça, da área verde e de lazer, do espaço livre deve prevalecer sobre qualquer outro e nobre interesse, porque no conflito entre ambos a solução é a superioridade do interesse de todos ao meio ambiente, a estética urbana, ao lazer, a recreação, a intangibilidade do patrimônio social, contra o interesse administrativo, ou o de parcela desse todo, tão relevante mas não prevalente.

A lesão aos supremos interesses sociais indisponíveis se verifica na medida em que o ato impugnado priva totalmente a coletividade de seus espaços livres exigidos pela legislação do loteador para lazer e recreação, diante da concepção nela expressa, de ordenada, racional, equilibrada e harmônica estética urbana, impedindo, assim, o uso *uti universi* daquele bem. A afetação dos bens públicos de uso comum do povo é sempre inalterável e imutável, sob quaisquer premissas, porque seu objeto, o seu destino, inadmitem outra forma de fruição senão a que lhe é essencial, natural e elementar, face a característica da coisa, e sua finalidade, imperecíveis. O Município não é titular de domínio desses bens, senão mero administrador de bens, direitos e interesses indisponíveis que pertencem ao povo, à sociedade, sendo-lhe absolutamente vedado dar destinação outra enquanto existir a praça como padrão necessário da estética urbana para preservação da saúde, incremento do lazer. Ora, efetivando-se a lesão concretizada pela lei municipal questionada comprometidos restarão lesados os valores, expressos na legislação federal, estadual e municipal, acerca do ordenado, racional e harmônico desenvolvimento urbano, do percentual mínimo de áreas livres, do meio ambiente e do patrimônio social, usurpando-se os vetores que justificam a função social das praças.

A ação popular constitucional e a ação civil pública - sem prejuízo da ação direta de inconstitucionalidade - são meios escorregados para o cidadão, na primeira, o Ministério Público e as entidades legitimadas, na segunda, provocarem a tutela jurisdicional para proteção das praças, enfrentando o ato de disposição das mesmas (desafetação, autorização legislativa), evocando a defesa de interesses supra-individuais (qualidade de vida, obrigatoriedade geral das normas jurídicas, patrimônio público social, meio ambiente, estética urbanística). A jurisprudência já assentou o cabimento da ação civil pública para restauração de área livre de lazer do povo (RJTJRS 139/70, *apud* Nelson Nery Júnior e Rosa Maria A. Nery, Código de Processo Civil, pág. 1.018, nota 16 ao art. 1º inc. I da Lei Federal nº 7.347/85, ed. RT, 1ª ed.).

Entretanto, diante de um cenário fático em que a praça tenha sido substituída por um conjunto habitacional, ou uma escola, a solução há de ser dada deve evitar incômodo confronto causador de uma convulsão social. Em tais casos, a ação popular ou a ação civil pública deve ser manejada não para demolição das construções feitas, mas deve ser endereçada no sentido de buscar a responsabilidade civil do administrador público, e terceiros envolvidos, em razão da ilicitude da diminuição daquele bem constante do acervo do patrimônio público social.

9 - Acesso público às praias (praias e seus acessos: bens públicos de uso comum do povo)

Outro assunto que merece especial atenção é referente às praias. As praias, segundo artigo 10 da Lei Federal nº 7.661/88, "são bens públicos de uso comum do povo,

sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica”.

Insta notar que outros diplomas normativos situados no plano constitucional, federal e estadual, também, esclareceram que as praias são bens públicos. A Constituição da República assim dispôs no artigo 20 inciso IV, arrolando dentre os bens da União as praias marítimas. E a Constituição Estadual (São Paulo) estabeleceu que “fica assegurado a todos livre e amplo acesso às praias do litoral paulista” (art. 285) atribuindo ao Ministério Público a função de garantir esse direito” sempre que, de qualquer forma, for impedido ou dificultado esse acesso” § 1º), bem como facultando ao Estado o uso do instituto da desapropriação para abertura de acesso às praias.

A citada Lei Federal nº 7.661/88 não trouxe nenhuma novidade para o direito brasileiro. Sempre se entendeu que as praias litorâneas eram bens públicos, de uso comum do povo. Todavia, teve o mérito de enfrentar a real questão, o grave entrave, que, dissimuladamente, tornava privativas ou particulares praias do litoral brasileiro.

O enfrentamento da questão atingiu o seu ponto nuclear, qual seja, o acesso às praias.

Com efeito, a forma pela qual a especulação imobiliária desenfreada cuidou para tornar as praias privatizadas ou particulares foi, justamente, impedir e dificultar o acesso a elas. Denomina-se esta forma como privatização indireta das praias, que se dá pela integração das vias de acesso ao domínio privado, por posse ou propriedade, de modo a tornar a praia não uma propriedade particular (posto que são bens comuns do povo), mas um exclusivo privilégio de alguns, com a aparência ou uma situação fática que indique posse privada, em detrimento da população.

A lei, portanto, no *caput* do artigo 10 assegura à população, de forma permanente, o acesso livre e franco às praias. A Constituição Estadual, todavia, traz ainda um outro atributo: o do acesso amplo. Deste modo, o ordenamento jurídico proporciona a comunidade usuária desse bem público de uso comum do povo, de fruição geral e universal, os atributos do acesso com liberdade, com gratuidade, e da forma mais ampla possível.

Salutar, também, a legislação federal comentar estabelecer norma geral de direito urbanístico, nos termos do artigo 24, inciso I da Constituição da República, e de observância obrigatória para Estados e Municípios, no sentido de vedar “a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado” (art. 10, § 1º), remetendo, ainda, para a sua regulamentação a definição das características e modalidades de acesso (art. 10, § 2º). Deste modo, os loteamentos lindeiros à praia para obterem aprovação deverão obedecer o comando normativo em foco, abstendo-se de criar quaisquer impedimentos, óbices, ou dificuldades, enfim, quaisquer expedientes sutis que impliquem na negativa de acesso às praias, na vedação de seu uso geral, e na tentativa de sua privatização.

Deverão sempre garantir livre, amplo e franco acesso às praias litorâneas, porque é justamente o impedimento e a dificuldade de acesso às praias (formas da privatização indireta) que subtraem a universalidade da fruição desse bem público de uso comum do povo.

10 – Privatização indireta das praias: impedimento ao acesso

As praias constituem bens do acervo do patrimônio público social, incluindo-se entre os bens públicos de uso comum do povo constantes do artigo 66 inciso I do Código Civil, e são por força da definição dada ao rol exemplificativo do Código Civil pela Lei Federal nº 7.661/88, inalienáveis. Decorre da inalienabilidade a imprescritibili-

dade (inviabilidade de apropriação particular) ainda que por forma indireta – como a que se caracteriza pelo entrave ao seu acesso.

Nesse sentido, soa a Constituição da República que os bens públicos, de qualquer espécie, não podem ser adquiridos, pelo particular, por usucapião (art. 182, § 3º), referendando a construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal na diretriz de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião” (Súmula 340). A apropriação das praias, ainda que por forma da privatização indireta (impedimento ao acesso), é ato de turbacão da posse pública, é exercício ilegal de posse que não gera, para o particular, direito algum, e que recomenda firme atuação do poder público para alterar essa situação fática e proporcionar o escoeito uso das praias.

Bem a propósito, o entendimento de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto discorrendo que “não se adquire direito em desconformidade com a lei vigente” (“Direito Municipal Brasileiro”, págs. 249, Malheiros Editores, 6ª ed.), fortemente respaldado pela jurisprudência (RDA 01/159, 04/203, RT 120/222, 121/684, JTJ 142/203), contando com o valioso respaldo de José Afonso da Silva no sentido de que “qualquer bem pode ser de propriedade pública, mas há certas categorias que são por natureza destinadas à apropriação pública (vias de circulação, mar territorial, terrenos de marinha, terrenos marginais, praias, rios, lagos, águas de modo geral, etc.) porque são bens predispostos a atender o interesse público, não cabendo apropriação privada” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, pág. 243, ed. RT, 6ª ed.).

Acesso livre, franco e amplo significa desembaraçado, sem óbices, estorvos, desprezando o concurso de barreiras artificiais, do maior universo geofísico possível para atender a correspondente demanda comunitária, e, principalmente, gratuito. O impedimento ou dificuldade nesse acesso é ato ilícito tendente a tornar as praias bem incorporado ao patrimônio privado para o uso restrito de uma delgada parcela em detrimento da comunidade usuária. E o fenômeno da privatização indireta. De nada adianta garantir a propriedade público-comunitária das praias litorâneas se o acesso a elas é impossível, quase impossível ou muito difícil. É evidente hipocrisia.

O uso e o gozo público e indistinto, universal e geral, são atributos inerentes a condição de bem público de uso comum do povo porquanto “a destinação das coisas públicas é servir o público, não podendo a vontade privada desafetar sua destinação e reduzi-la a fim privado” (JTACSP-Saraiva 79/86) porque como observa Hely Lopes Meirelles no uso dos bens comuns do povo os usuários são anônimos e indeterminados, sendo dever do poder público garantir esse uso *uti universi* (“Direito Municipal Brasileiro”, pág. 233, Malheiros Editores, 6ª ed.).

Capte-se, neste sentido, a firme opinião de Ricardo A. Malheiros Fiuza repugnando a privatização das praias e afirmando que “ir à praia é um direito assegurado pela legislação brasileira a todos os indivíduos no gozo de sua liberdade. A Constituição, em seu artigo 20, enquadra as praias marítimas como bens da União. O nosso direito civil, através do respectivo Código e da Lei nº 7.661/88, estabelece que as praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido. Os bens públicos pertencem a todos e o proprietário desses bens é o povo” (“A praia é do povo”, Revista Veja, pág. 114, 23.3.1994).

Expostas estas premissas passa-se a análise de três questões decorrentes do amplo, livre e franco acesso às praias em confronto com técnicas de privatização indireta das praias. A primeira indaga se a autoridade pública municipal pode, sob qualquer pretexto, impedir esse acesso. A segunda ventila o exame da titularidade dominial das vias de acesso à praia. E a terceira, por fim, versa sobre os efeitos do impedimento do acesso às praias criados anteriormente ao advento da Lei Federal nº 7.661/88.

11 – Ilegalidade da vedação de acesso às praias pela Administração Pública

Para Ricardo A. Malheiros Fiuza ("A praia é do povo", Revista Veja, pág. 114, 23-3-1994) "as autoridades locais não podem proibir o acesso à praia, que é um bem público de uso comum" sob qualquer pretexto, inclusive o exposto – de evitar poluição.

Tem inteira razão. Decorre o acerto dessa conclusão na doutrina de Hely Lopes Meirelles ao sentenciar que "uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem se pode cobrar ingresso ou limitar a frequência, pois isto importaria um atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais, de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais" ("Direito Municipal Brasileiro", pág. 232, Malheiros Editores, 6ª ed.).

Não pode a autoridade pública, ou, em síntese, o poder público municipal sob qualquer pretexto cercar o direito subjetivo público de qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos, ou de uma comunidade inteira, consistente na fruição de bem de uso comum do povo, como, por exemplo, as praias, a menos que uma daquelas hipóteses concebidas na doutrina esteja presente (por exemplo, por medida de saúde pública para evitar o contágio de moléstias). E sobejam razões. Primeiro, em razão da própria destinação desse bem público, que, como visto, é para o povo em geral, não comportando privilégios ou distinções (art. 10, Lei Federal nº 7.661/88). Segundo, em função da titularidade do domínio desses bens que se incluem no domínio da União (art. 20 inc. IV, Constituição da República).

O impedimento válido ao uso geral das praias, como supra-anotado, somente pode derivar de imperativo da segurança nacional ou inclusão em área especialmente protegida (e assim declarado em lei específica), conforme o art. 10 *in fine* da Lei Federal nº 7.661/88.

É claro que essas situações não retratam as hipóteses atualmente verificadas em que administrações públicas municipais exercem ilicitamente a competência administrativa para, em autêntico abuso de poder, delimitar praias em que determinadas categorias sociais podem ou não freqüentar, vedando o livre, amplo e franco acesso.

Consigne-se, entretanto, que não afronta o ordenamento jurídico pátrio o poder público municipal estabelecer, a partir do poder de polícia, do zoneamento urbano, e da disciplina do tráfego urbano como expressões da autonomia municipal para interesse local, locais determinados para estacionamento de veículos conduzindo usuários das praias. Compete ao poder público municipal realizar o ordenamento do tráfego urbano, sem dúvida alguma, o que é bem diferente da delimitação de praias e impedimento de acessos a ela por determinadas categorias sociais. Evidentemente, constituirá desvio de finalidade a autoridade pública municipal impedir o acesso de cidadãos de uma determinada cor ou raça a uma praia invocando razões de ordem moral ou de segurança, ou, proibir que pessoas de certa classe social freqüentem esta ou aquela praia em função da higiene ou segurança pública. É intolerável o seletcionamento social para fruição das praias. Isso é manifestamente ilícito, mas não se confunde com posturas lícitas de preservação do próprio uso das praias, como, por exemplo, a vedação de transporte de alimentos ou animais domésticos, ou de matéria do interesse local, como, por exemplo, estacionamento de veículos. Aliás, nessa freqüente hipótese do ordenamento do tráfego

urbano exsurge como dever da administração pública municipal fornecer meios (serviços públicos, remunerados) para garantia do acesso a qualquer praia, próxima ou distante do local de estacionamento (o distanciamento pode convolar-se em forma desse *apartheid* turístico).

Também não há se apontar ilegalidade na postura de algumas administrações públicas municipais cobrarem tarifa pelo estacionamento de veículos, coletivos ou individuais, em determinada região urbana. Se há a prestação de serviço, a cobrança regida pelas normas de direito financeiro é legal.

12 – Titularidade dominial pública das vias de acesso às praias

As vias de acesso às praias são componentes do sistema de vias de circulação das cidades, e, por isso, integram o domínio público municipal como bens de uso comum do povo (art. 66 inc. I, Código Civil).

Como tais são os elementos mais importantes para garantia do acesso amplo, livre, geral, universal e franco às praias.

Percebeu o legislador, como acima acenado, que na testilha contra as manobras tendentes às privatizações das praias o meio mais eficaz era a garantia do acesso (art. 10 da Lei Federal nº 7.661/88; art. 285 da Constituição da República).

Tendo em vista que o acesso deve ser livre e franco é absolutamente proibido ao poder público, ou a qualquer pessoa, exigir o pagamento de tarifa, ou de qualquer prestação pecuniária ou não, para o trânsito na via de acesso. Esta a forma de impedir a privatização indireta das praias.

Nas cidades urbanizadas tal questão não agita a problemática, visto que o domínio público municipal sobre essas vias de circulação (ruas, passagens, servidões) é antigo e incontestado. Todavia, nos loteamentos à beira-mar é que se cria a potencialidade de nascerem tais problemas, ou seja, de estabelecerem-se vias de acesso às praias no plano de loteamento, contudo, submetidas ao domínio privado.

Essa postura, em primeiro lugar, não deve ser admitida pelo administrador público municipal por ocasião da aprovação do loteamento, sob pena de nulidade ainda que parcial do ato administrativo aprovatório. Entretanto, se porventura permitida, o Oficial do Registro deve negar o registro por inscrição de direito inexistente. E, mesmo se registrado, caberá ao Juiz-Corregedor, de ofício ou atendendo a provocação de interessado, determinar o cancelamento por insanável nulidade (ilicitude do objeto), nos termos dos artigos 145 inc. II do Código Civil e 214 da Lei Federal nº 6.015/73.

A razão é óbvia. Conforme reza a Lei Federal nº 6.766/79 os loteamentos deverão contar com áreas destinadas ao sistema de circulação, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, e aos espaços livres de uso público – áreas cujo total não poderá ser inferior a 35% da gleba – nos termos do disposto no artigo 4º inciso I § 1º.

As vias de circulação (ruas, praças, avenidas, passagens, caminhos, travessas, vielas, etc.) compõem, necessariamente, o percentual supra-referido, que inadmitte redução quantitativa. Esse percentual refere-se às áreas públicas, e as ruas e vias de circulação são áreas públicas, bens de uso comum do povo por definição. Além disso, o artigo 22 da Lei Federal nº 6.766/79 esclarece de maneira objetiva que as áreas constantes do projeto e do memorial descritivo (inclusive as vias de circulação) passam a integrar o domínio público desde a data do registro do loteamento.

As vias de acesso à praia são por definição legal, vias de circulação, e portanto, integram o domínio público municipal na categoria de bens de uso comum do povo com o registro do parcelamento do solo, pois constam do projeto e do memorial descritivo como tais. Nesse sentido doutrina Arnaldo Rizzardo ("Promessa de Compra e Venda e

Parcelamento do Solo Urbano”, págs. 52/53, ed. RT, 3ª ed.). Não há, pois, como negar a titularidade pública às vias de acesso à praia que integram o sistema de circulação dos loteamentos.

As vias de circulação integram *ex lege* o domínio público dispensando-se o poder público de provar seu domínio ou posse precedentes porque a nenhum particular é dado possuir ruas, estradas e praças públicas (JTACSP-Lex 120/403), pois, essas áreas destinadas à circulação, com o registro do loteamento, saem da esfera patrimonial privada e ingressam no domínio público como bens de uso comum do povo segundo manifesta a jurisprudência (JTACSP 129/168, JTJ 142/203), e como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 79/991).

Concorre, ainda, outro argumento sólido. Tais vias são destinadas ao acesso à praia, e tal acesso deve ser livre, amplo e franco, atributos que exibem a dominialidade pública sobre eles.

A jurisprudência salienta que a tolerância da administração com relação a instalação irregular de estabelecimento contrariando a lei de zoneamento não gera nenhum efeito jurídico (RT 699/67). Tal raciocínio serve igualmente para a hipótese em análise, donde é possível afirmar que a atribuição do domínio privado a vias de circulação em loteamento para acesso às praias, ato contrário ao ordenamento jurídico, por igual não gera efeito algum. Compartilha desse pensamento a doutrina, como se vislumbra na opinião abalizada de Régis Fernandes de Oliveira, no sentido de que a licença contrária a legislação de uso e ocupação do solo pode ser anulada.

A existência de vias de circulação para acesso às praias não tolera, nos loteamentos, o domínio privado, sob pena de constituir-se, à margem da lei, entrave ao livre, amplo e franco acesso à fruição de bem público de uso comum do povo – a praia, consagrando uma absurda privatização indireta das praias.

A lesão, em casos tais, agride toda uma comunidade indeterminada, desde o morador da mesma cidade até o turista vindo dos mais longínquos confins, porque, em síntese, todos são detentores do direito subjetivo público de observância geral das normas jurídicas de caráter urbanístico, de fruição universal dos bens públicos de uso comum do povo, de indisponibilidade do patrimônio público social. Recomendável, portanto, o uso da ação civil pública (Lei Federal nº 7.347/85) para cessação de atividade nociva consistente no apossamento ilícito dessas vias de acesso à praia, porque incide aqui autêntico atentado a interesse difuso (privação da fruição de bem público de uso comum do povo, subtração de bem integrante do patrimônio público social). Aliás, é dever do Ministério Público promover a respectiva ação, como determina a Constituição Estadual (art. 285).

Em pioneiro caso julgado sobre a matéria (existência de vias de acesso à praia integrantes do domínio privado) a 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo decidiu que “a) No cotejo entre a alegação de legitimidade de domínio particular, aparentado pelo registro do loteamento (R.I. 16.226) com a existência de domínio público, em via pública, em loteamento aprovado, há de prevalecer o interesse público, orientada a exegese pela interpretação do artigo 113 § 2º do Plano Diretor, regido pela Lei Municipal nº 3.529/68 e artigo 66, I, do C. Civil; b) Têm os Municípios autonomia administrativa, para, nos termos do ordenamento jurídico “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial” (art. 30, VIII, da Constituição Federal); c) As vias públicas, previstas obrigatoriamente no plano de loteamento (art. 1º, II e § 4º, do DL 58/37) passam a integrar o domínio público do Município, sendo inalienáveis (art. 3º, do DL 58/37 e art. 22 da Lei nº 6.766 de 19.12.79); d) As praias constituem bens de uso comum do povo (art. 66, I, do Código Civil; Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, 1981, 8ª ed., pág. 486). “A destinação das coisas públicas é servir o público, não podendo a vontade privada desafetar sua destinação e reduzi-la

a fim privado” (JTACSP – Saraiva 79/86, Rel. Jorge de Almeida) (Mandado de Segurança 512.173/9, Relator Juiz Octaviano Santos Lobo, v.u. 9.9.1992).

De tal sorte que eventual lei municipal ou ato de aprovação de loteamento que contiver vias de circulação, como as de acesso à praia, integrantes do domínio privado é manifestamente inconstitucional por agressão à competência legislativa federal para normas gerais urbanísticas (art. 24, inc. I, Constituição da República) e absolutamente ilegal por instaurar dissídio com os arts. 4º, inc. I, § 1º e 22 da Lei Federal nº 6.766/79 e 285 da Constituição Estadual.

13 – Lei Federal nº 7.661/88 e loteamentos anteriores (com acesso particular ou sem acesso à praia)

Por último, os loteamentos anteriores ao advento da Lei Federal nº 7.661/88 (art. 10) e do artigo 285 da Constituição Estadual e que contem com nenhum acesso público, ou vias privativas de acesso, às praias podem ser compelidos a abertura desse acesso, de caráter dominial público por excelência dos conceitos aqui expostos.

Em primeiro lugar, observe-se que as normas supramencionadas são urbanísticas, e, portanto, de ordem pública. Essa característica peculiar obriga aos loteamentos a elas anteriores adaptarem-se aos seus preceitos em homenagem ao interesse público, suportando o particular ônus dessa exigência em prol da coletividade.

Em segundo lugar, a existência dessas vias de circulação, inclusive as de acesso à praia, constituíam exigência do Decreto-Lei Federal nº 58/37 (art. 1º inc. I e II § 4º) que ressaltava o caráter público delas com a inscrição (art. 3º). Ou seja, os loteamentos feitos sob a vigência desse diploma legal atribuíam ao domínio público as vias de circulação, constantes da planta, após a inscrição. Referida exigência, com os mesmos atributos, consta, também, da Lei Federal nº 6.766/79 (arts. 4º inc. I § 1º e 22), onde manifestava-se impossível sob a égide de ambos diplomas legais que se atribuisse domínio privado às vias de circulação, ou comunicação, inclusive as de acesso à praia.

A existência de vias de acesso sob o domínio privado, ou a simples inexistência delas, é absolutamente ilegal, como é ilegal qualquer óbice, impedimento ou dificuldade ao uso dessas vias de forma livre, ampla, geral e franca (como, por exemplo, cobrança de tarifas, exigência de identificação, qualquer forma de privatização indireta das praias).

Na primeira hipótese, a Municipalidade deve exercer a administração e vigilância sobre esse bem público, concorrendo a ela e ao Ministério Público, na forma do artigo 285 da Constituição da República, promoverem as medidas judiciais e extrajudiciais para liberação do uso público incondicionado e imune de entraves.

Na segunda hipótese, de inexistência de acesso, a solução preconizada é a Municipalidade instituir servidão pública (inalienáveis, imprescritíveis e de uso público) no loteamento para garantia do acesso amplo, geral, franco e livre à praia; reservando, ainda, ao Ministério Público concorrentemente promover ação em Juízo para obter tal desiderato.

14 – Função do Ministério Público

A questão da garantia do livre e amplo acesso às praias paulistas tem no Ministério Público do Estado eficaz instrumento inclusive para superar artifícios que o impeçam ou dificultem, que criem a privatização indireta das praias.

Houve por bem a Constituição Estadual atribuir ao Ministério Público essa importante função institucional, no § 1º do artigo 285 – sem embargo do Estado concorrentemente agir pelo instituto da desapropriação – a partir da própria vocação da instituição

na defesa de interesses públicos, coletivos e difusos. Exemplos não faltam na defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público, da pessoa portadora de deficiência, etc.

A garantia dos atributos de acesso às praias – meio eficaz para evitar a privatização indireta desses bens públicos de uso comum do povo – é manifestação da defesa de interesses sociais (art. 127, Constituição da República; art. 91, Constituição do Estado), e função compatível com a sua finalidade (art. 129 inc. IX, Constituição da República) de proteção do patrimônio público e social e de zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados constitucionalmente (art. 129 incs. II e III, Constituição da República), sem prejuízo da legitimação concorrente de terceiros (art. 129 § 1º, Constituição da República), sendo inegável a constitucionalidade do artigo 285 da Constituição Estadual.

Com efeito, a administração pública, notadamente a municipal, deve garantir o respeito ao direito conferido à comunidade, interesse difuso por excelência, de fruição de bens públicos de uso comum do povo (praias e seus acessos), competindo ao Ministério Público exigir da administração tal postura.

Sem prejuízo, segundo o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), aplicável à Lei Federal nº 7.347/85 por força do artigo 117, interesses difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81 inc. I). E a garantia dos atributos do acesso às praias expostos tanto na Lei Federal nº 7.661/88 (art. 10) quanto na Constituição do Estado (art. 285) é o exercício da defesa de interesse difuso.

O uso geral, livre, geral, incondicionado, franco e amplo de componente do patrimônio público e social, ou seja, de bem público (da praia e das vias de seu acesso) é interesse que transcende um indivíduo, pois é concernente a uma comunidade plenamente indeterminável: tanto pertine ao indivíduo residente em localidade vizinha da praia em questão como ao turista de outra remota localidade, dada a inegável destinação pública das coisas em exame (praias e suas vias de acesso). A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria A. Nery observam que a proteção judicial do patrimônio público é espécie de interesse difuso (ob. cit., pág. 1.018, nota 25 ao art. 1º inc. IV da Lei Federal nº 7.347/85).

A forma escorreita para garantia desse uso geral dos bens públicos de uso comum do povo em questão é, sem dúvida alguma, a ação civil pública destinada constitucionalmente à defesa do patrimônio público e social e de qualquer interesse difuso (art. 129 inc. III, Constituição da República; art. 1º inc. IV, Lei Federal nº 7.347/85; art. 25 inc. III alínea a da Lei Federal nº 8.625/93; art. 103 inc. VIII da Lei Complementar Estadual 734/93). Note-se que, conforme anota com inteira razão, Hugo Nigro Mazzilli “o constituinte de 1988 ampliou as hipóteses de ação civil pública para o Ministério Público, por meio de norma de encerramento contida no artigo 129, III e § 1º, da CR. A partir de então, quanto ao Ministério Público, não mais se pode falar em *numerus clausus*, para o cabimento de ações civis públicas (“A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, pág. 31, ed. RT, 4ª ed.).

Embora não arrole a ação prevista no artigo 285 da Constituição Estadual (ob. cit., págs. 35-45, idem Nery & Nery – ob. cit., págs. 323-326, notas 12 a 14 do art. 81 do Código de Processo Civil) dentre os exemplos de ação civil pública, não se pode negar que o mencionado dispositivo indica a ação civil pública a partir da conceituação feita pelo próprio Hugo Nigro Mazzilli no sentido de que a ação civil pública é a proposta pelo Ministério Público bem como pelos demais legitimados do artigo 5º da Lei Federal nº 7.347/85 “desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos ou coletivos” (ob. cit., pág. 32), como o é, sem dúvida alguma, a garantia dos atributos legais do acesso à praia.

Indica, portanto, o artigo 285 § 1º da Carta Política Paulista o ajuizamento de ação civil pública para superação de impedimentos ou dificuldades ao livre e amplo acesso às praias, sem prejuízo do Ministério Público desenvolver, extrajudicialmente, junto ao particular ou ao poder público gestões para solução do problema, inclusive por compromisso de ajustamento de conduta.

Espera-se que, dentro do possível, o Ministério Público cumpra o seu dever – e já há notícias positivas – no sentido de promover a garantia da existência de acessos livres, amplos e francos para as praias, eliminando, de vez por todas, as ilícitas tentativas da especulação imobiliária de privatização indireta das belas praias do litoral brasileiro, que ao povo pertencem.